



Juicio No. 09208-2024-06530

UNIDAD JUDICIAL SUR DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Guayaquil, miércoles 5 de marzo del 2025, a las 13h56.

VISTOS: Agréguese a los autos: 1) el extracto de la Audiencia Pública celebrada el 25 de febrero del 2025, a las 11h00.- En lo principal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, por ser el estado de la causa, el de reducir a escrito la sentencia, que de manera oral y motivada, se dio a conocer el día en que se llevó a cabo la referida Audiencia Pública de la presente Acción Constitucional de Protección, se lo hace en los términos que siguen:

PRIMERO: ANTECEDENTES:

1.1 La señorita MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN presentó una ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, el 4 de diciembre del 2024.

1.2 Por auto dictado el miércoles 4 de diciembre del 2024, a las 10h11, se calificó la demanda, se ordenó notificar a la entidad legitimada pasiva y se convocó a AUDIENCIA PÚBLICA para el día 09 de diciembre del 2024, a las 14h30, la misma que no se realizó por solicitud de la parte accionante.

1.3 A fojas 30 del proceso consta la diligencia de notificación a la Procuraduría General del Estado, realizada el 9 de diciembre del 2024.

1.4 A fojas 42 del proceso consta la diligencia de notificación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el 10 de diciembre del 2024.

1.5 Por auto dictado el viernes 10 de diciembre del 2024, a las 12h02, se convoca a AUDIENCIA PÚBLICA para el día 23 de enero del 2025, a las 10h00, la misma que quedó sin efecto por duplicidad de agendamiento, fijándose como nueva fecha el 24 de enero del 2025, a las 14h30, la misma que se cambió para el día 13 de febrero del 2025, a las 09h00, por solicitud de la entidad legitimada pasiva.

SEGUNDO: AUDIENCIA PÚBLICA:

Comparecieron a la audiencia Pública celebrada el 13 de febrero del 2025, a las 09h00:

2.1 Como legitimada activa: La señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN, asistida por su defensa técnica Tania Acosta Tamayo.

2.2 Como legitimada pasiva: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, el Abg. Cristian Cobo Granda.

2.3 A pesar de haber sido notificada en legal y debida forma, no compareció nadie por la Procuraduría General del Estado

TERCERO: COMPETENCIA:

De conformidad a lo establecido en el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados.- Para el Jurista Guillermo Cabanellas (Diccionario de Ciencias Jurídicas-edición actualizada, pág. 184) se entiende que la competencia es la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. La competencia es una garantía al debido proceso, pilar fundamental en un Estado de derechos y justicia, lo que deviene el respeto a la Seguridad Jurídica, principio contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- El artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone: “Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley. La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar. La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia. La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados”.- En mérito a lo anterior, la suscrita Jueza de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia es competente para conocer, sustanciar y resolver la presente **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN** al tenor de las normas constitucionales y legales previamente reseñadas.

CUARTO: VALIDEZ DEL PROCESO:

El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.".- Por su parte, el Artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, norma supletoria para esta clase de procedimientos constitucionales, dispone: “ Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a

las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto”. Las disposiciones contenidas en los artículos antes citados, tienen su razón de ser, porque la ritualidad o formalidad de los actos procesales y el procedimiento a reconocer para la realización del proceso no constituye simplemente un capricho del legislador, sino una garantía constitucional, en la medida en que estos de antemano deben conocer las reglas que han de ser observadas por el juez y las partes en el desarrollo del proceso, a fin de que el juez ejerza cumplidamente su misión y las partes hagan lo propio con sus derechos.- En consecuencia, se han respetado todos los procedimientos establecidos en los artículos 8, 13, 16 y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la decisión de la causa o vicio de procedimiento que afecte su resultado, se han respetado las garantías al debido proceso establecidas en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y h) de la Constitución de la República del Ecuador y la Tutela Judicial Efectiva, principio reconocido en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y del cual la doctrina lo pone de manifiesto en el siguiente contexto: “En este sentido, parece lo más adecuado considerar la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales para configurar a la tutela judicial efectiva. Según ella, el contenido esencial del derecho fundamental no es inmutable, sino determinable en forma casuística “en atención de las circunstancias del caso y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación”. [...] Así, dicha jurisprudencia ha agrupado esos contenidos en cuatro grandes “vertientes”: el derecho de acceso a la justicia, a la defensa en el proceso, el derecho a una resolución motivada y congruente y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Cada uno de esos contenidos se despliega, a su vez, en un conjunto de derechos y garantías que otorgan vida, en cada caso, al derecho a la tutela judicial efectiva”. (Aguirre, V. (17 de junio del 2013). Tutela judicial efectiva. Revista Judicial DerechoEcuador.com). En mérito de lo anterior; y, de la revisión de los recaudos procesales, no se observa violación de trámite u omisión de solemnidad sustancial alguna, que como tal pueda inferir en la decisión de la causa, ni mucho menos de trámite o sustanciación, por lo que se declara válido todo lo actuado.

QUINTO: LA MOTIVACIÓN Y SU IMPORTANCIA:

La Constitución del Ecuador, en su artículo 76, numeral 7, literal l), manda: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: numeral 7, literal l): Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos...”.- La motivación es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa; es decir, es la exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es

correcta o aceptable. La motivación de las resoluciones judiciales es requisito para la observancia de un proceso debido, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en indefensión. Es decir, "las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades y errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables aún teniéndola, se las considerará carentes de motivación y, por lo tanto, vulnerarán el derecho a la tutela efectiva...". Ahora bien, para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que se lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, por un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que este responda a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos". Resulta evidente, entonces, "...que el deber de motivar así concebido dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de él un dispositivo de garantía. (...) En este contexto, el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismas ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutir las con conocimiento de causa".- En sentencia sobre el caso N° 0144-08-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615, de 18 de junio del 2009, la Corte Constitucional señala que: "Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión". En sentencia N° 069-10-SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 372, de 27 de enero del 2001, indica que: "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motivada sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que se contradice con la decisión...".- En sentencias como la de los casos acumulados 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP manifiesta: "Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión." De igual manera, en sentencia emitida para el caso Nro. 1212-11-EP, abunda explicando y determinando que: "Así la motivación es condición para el efectivo goce de los derechos y el control social sobre la juridicidad de la actuación pública.../... Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como demostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con mira a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto".

SEXTO: SOBRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

La Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a la Acción de Protección, en el artículo 88 determina: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”.- La doctrina afirma que la acción de protección propende a dar una protección real y efectiva a las principales garantías constitucionales distintas de la libertad personal, protegida por la acción de hábeas corpus.- Para que proceda una acción de protección es necesario que exista una conducta antinormativa, esto es, un acto ilegal o arbitrario que amenaza, perturba o priva a un sujeto del legítimo ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado. La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, protección contra decisiones de la justicia indígena. Así, “el resultado de una acción de protección es la declaración de la violación de un derecho, la reparación integral material e inmaterial, con especificación en la sentencia de las personas obligadas, de las acciones positivas y negativas y las circunstancias en que deba cumplirse la sentencia”.- Por su naturaleza, el procedimiento de este tipo de garantías jurisdiccionales es rápido, sencillo y eficaz. En tal sentido, se han establecido reglas procesales que simplifican el trámite, tales como la no aplicación de normas procesales o incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa, el procedimiento oral en todas sus fases, la notificación por medios eficaces, entre otros. Justamente, la informalidad del procedimiento de la acción de protección, se justifica porque procura garantizar los derechos constitucionales de las personas, facilitando el ejercicio de dicha garantía sin mayores exigencias. Sin embargo, a pesar de señalar que el trámite es sencillo y rápido, es nuestro deber, como jueces constitucionales, respetar y hacer respetar las garantías básicas del debido proceso, es decir, garantizar a las partes el derecho de defensa, entre otros, con la finalidad de que nuestra actuación no se torne en arbitraria y por ende vulnere los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica de las partes.- La acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual, la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo.- El Dr. Iván Cevallos Zambrano, en su obra titulada La acción de Protección – Formalidad, Admisibilidad y Procedencia, editorial Workhouse Procesal, primera edición, Quito – Ecuador, 2014, en su Págs. 205 y 206, indica textualmente: “... las acciones en las que se busque declare o extinga

derechos, corresponde seguir por la jurisdicción ordinaria o contenciosa... Sobre esta cláusula la Corte Constitucional, que la misma denota claramente la naturaleza tutelar de la acción de protección y su distinción con las acciones de la justicia ordinaria, y que los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados...”. La Sentencia dictada por la Corte Constitucional que obra en la Gaceta Constitucional No. 001, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 351, de fecha 29 de diciembre del 2010, Págs. 8 y 9, establece que: “... la acción de protección, procede cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales...”. Además de forma categórica dispone que: “... la acción de protección no procede cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existían vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa...”.- La Corte Constitucional del Ecuador, en el caso No. 0809-10-EP, Sentencia No. 088-12-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 718 de 6 de Junio del 2012, señaló que: “(...) el Pleno de esta Corte ha señalado que la acción de protección de derechos fundamentales es una institución que ha sido consagrada en la Constitución del 2008 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular; el cual se trata de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, autónomo, directo y sumario, y que en ningún caso puede ser aplicables normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, dada por ser una institución procesal alternativa, y que el Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (...)”.

SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES GENERALES:

El Art. 40 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: “La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: **1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.**” (negrilla fuera de texto)

El Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: “Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal

Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.-

La Corte Constitucional en la Sentencia No. 016-13-SEP-CC, Caso No. 1000-12-EP, ha señalado: “(...) la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infra constitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. (...)”

En la Sentencia No. 041-13-SEP-CC, dictada dentro del Caso No. 0470-12-EP, expresó también: “...La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución (...) no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa Función Judicial (...)”

Para estos mismos efectos la Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP, ha emitido la siguiente JURISPRUDENCIA VINCULANTE (efectos generales o erga omnes): “... 1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. (...)”.

La Corte Constitucional en Sentencia No. 1313-12-EP/20, del 22 de julio del 2020, indica: “La acción de protección procede cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia(..) Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. Criterio que también lo plasma en la sentencia 260-13-EP/20, de fecha 1 de julio de 2020.

SOBRE LOS HECHOS:

De la revisión de la demanda y el escrito mediante se aclara la misma y en virtud también de lo alegado en la audiencia, se concluye que los hechos a analizarse son los siguientes:

Si la entidad accionada Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vulneró el derecho a la salud y el derecho a una vida digna de la accionante quien padece de cáncer de útero, por lo que pertenece a un grupo de atención prioritaria, por la falta de adquisición del medicamento PEMBRALIZUMAB.

Cabe destacar que en la Audiencia Pública, la defensa técnica de la parte accionante, manifestó que dada la actual condición médica de la legitimada activa ya el medicamento PEMBRALIZUMAB, no es necesario, pues su enfermedad ha avanzado y se requiere otro tratamiento, sin embargo, manifestó que por la demora en la compra de dicho insumo médico, su defendida había empeorado su estado de salud.

SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS:

Según el libelo de demanda, el escrito de aclaración y lo alegado en la audiencia pública, la legitimada activa señaló que se han conculcado:

- a. Derecho a la salud
- b. Derecho a una vida digna

- c. Atención prioritaria a personas que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad.

SOBRE LA PRETENSIÓN:

La pretensión de la legitimada activa en el libelo inicial fue: "... La adquisición inmediata del medicamento PEMBRALIZUMAB" necesario para su tratamiento médico de cáncer. Se ordene al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social solucionar todo tipo de trámite burocrático a la interna con la finalidad de mantener este medicamento disponible para el acceso inmediato. Se efectúe un análisis técnico respecto a la inclusión de este medicamento dentro del Cuadro Básico de Medicamentos"

Se debe señalar que, hay hechos que han sido reconocidos por ambas partes, y por tanto no son controvertidos:

1. Que, la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN, padece de cáncer de cuello de útero.
2. Que, la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN ha sido atendida en SOLCA Guayaquil.
3. Que, el 20 de febrero del 2024, SOLCA Guayaquil, mediante Oficio No. CIUDADANO-CIU-2024-8752 solicitó a la Coordinación Zonal del IESS, el pedido y autorización de compra de este medicamento PEMBRALIZUMAB.
4. Que, hasta la presente fecha no se ha procedido con la compra del mencionado medicamento.

SOBRE LOS MEDIOS PROBATORIOS APORTADOS:

Los medios probatorios aportados por la legitimada activa, son los siguientes:

- a. Carta ciudadano No. CIUDADANO -ciu-2024-8752 DEL 20 de febrero del 2024, suscrito por el Ing. José Ramón Jouvín Vernaza.
- b. Memorando No. IESS-CNM-2024-0306-M, del 11 de abril del 2024, suscrito por el Mgs. Fausto Gómez Franco, Coordinador Nacional de Medicamentos, encargado.
- c. Historia clínica de la legitimada activa.

La entidades accionada por su parte presentó como pruebas las siguientes:

- a. Memorando No. IESS-HTMC-GG-2024-5671-M, del 20 de diciembre del 2024, suscrito por el Mgs. Franklin Edmundo Encalada Calero, Gerente General del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, encargado.
- b. Memorando No. IESS-CPAJG-2025-0236-M, del 22 de enero del 2025, presentado por el Abg. Cristian David Cobo Granda, Abogado, Coordinador Provincial de Asesoría Jurídica Guayas.
- c. Memorando No. IESS-DSGSIF-2025-0762-M, del 29 de enero del 2025, remitido por el Mgs. René Enríquez Navarro, Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar.
- d. Memorando No. IESS-DSGSIF-2025-1294-M, del 19 de febrero del 2025, remitido por el Mgs. Diana Parrales Matute, Directora del Seguro General de Salud Individual y Familiar, encargada.

OCTAVO: SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Tomándose en consideración que dentro de la presente causa constitucional la legitimada pasiva es una entidad pública, es necesario hacer mención a lo que determina el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado, podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Este artículo contiene lo que la doctrina constitucional denomina “el control judicial de la actividad administrativa”, el cual se trata de la existencia de un acto administrativo, proveniente de cualquier sujeto atribuido a la potestad administrativa, el cual es impugnable ante los tribunales judiciales especializados quienes son los titulares de la potestad jurisdiccional para declarar lo que en Derecho proceda sobre la legalidad de los actos administrativos recurridos. Siendo recurribles en vía judicial, tanto las disposiciones normativas de efectos generales, como los actos o resoluciones administrativas de efectos particulares.-

Dejando en claro que, dentro de la presente causa, no se van a analizar las actuaciones realizadas por la entidad pasiva, ya que gozan de presunción de legalidad y legitimidad, no está en discusión estos temas, sino el verificar si existen por acción u omisión posibles vulneraciones a los derechos constitucionales de los que goza la legitimada activa.

NOVENO: DERECHOS CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE VULNERADOS

:

SOBRE EL DERECHO LA SALUD: El artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador describe: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir...”. La Organización Mundial de la Salud (Preámbulo de la constitución de la OMS), ha definido a la salud como: “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”, y nuestro Art. 3 de la Ley Orgánica de la Salud señala: “Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables”.

La Corte Constitucional (SENTENCIA No. 364-16-SEP-CC, Caso No. 1470-14-EP) con relación al derecho a la salud, ha señalado su complejidad y la manera cómo debe ser entendido: “En este orden de ideas, el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud”, continúa la Corte, vinculando el derecho a la salud, con la obligación del Estado en esta materia, señalando: “De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión”.

En otro pronunciamiento, citado en la obra “Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional, Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015”, Quito 2016, la Corte ha señalado: “la Corte arguyó que el derecho a la salud, como lo indica la disposición normativa constitucional y el criterio del Comité, basado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no solamente implica un estado de ausencia de enfermedad, sino que repercute entre otros: 1) El obligado a la protección de la salud debe actuar preventivamente, por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos; 2) Garantizar el derecho a la salud no se limita a la prestación de servicios hospitalarios, la provisión de

medicinas o tratamiento de enfermedades; 3) Las personas con una discapacidad que puede considerarse como severa, tienen una necesidad de prestaciones de salud que superan con creces las de una persona que no se halla en su misma situación; y, 4) Dicho derecho también podría verse afectado, aunque se prestaren todos los servicios tradicionalmente vinculados a la salud, si se restringe el acceso a recursos económicos para solventar su cuidado”.

La sentencia N.º 006-15-DTI-CC, de fecha 10 de junio del 2015, emitida por la Corte Constitucional, respecto al derecho a la salud, manifiesta lo siguiente: “Entre esta gama de derechos que reconoce la Constitución de la República se encuentra el derecho a la salud como uno de los derechos del buen vivir sin los cuales no se puede asegurar el desarrollo pleno del derecho a la dignidad de las personas, pueblos y colectivos. El derecho a la salud impone la obligación al Estado por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. De igual manera establece la necesidad de que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud, salud sexual y salud reproductiva”.

La sentencia N.º 006-15-SCN-CC de fecha 27 de mayo del 2015, sobre el derecho a la salud manifiesta lo siguiente: “Derecho a la salud: El derecho a la salud, como lo indica la norma constitucional y el criterio del Comité, basado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no solamente implica un estado de ausencia de enfermedad. Así, el obligado a la protección de la salud debe actuar preventivamente, por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos. Así, garantizar el derecho a la salud no se limita a la prestación de servicios hospitalarios, la provisión de medicinas o tratamiento de enfermedades. Las personas con una discapacidad que puede considerarse como severa, como es el caso de la accionante, tienen una necesidad de prestaciones de salud que superan con creces las de una persona que no se halla en su misma situación. Por tanto, dicho derecho también podría verse afectado, aunque se prestaren todos los servicios tradicionalmente vinculados a la salud, si se restringe el acceso a recursos económicos para solventar su cuidado”.

El derecho a la salud no solamente está protegido en nuestra Constitución y ordenamiento interno infraconstitucional, sino que adicionalmente la encontramos, en instrumentos internacionales (tanto universales como regionales), que ratifican los compromisos estatal para protegerla, así tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25, 1);

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 11); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (Art. 10); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12.1); normativa internacional plenamente aplicable a nuestro ordenamiento interno. el Jurista Raúl Chanamé Orbe, dentro de su obra titulada "DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL", editorial "ADRUS", págs. 180 y 181, se ha pronunciado de la siguiente manera: "DERECHO A LA SALUD. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte, o en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en este sentido. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limite a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable (Exp. N° 2945-2003-AA/TC. F 28 y 30). El derecho a la salud está consagrado en numerosos instrumentos del derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos lo insta en el artículo 25°, párrafo 1, cuando afirma que: "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". En el Sistema de Derechos Humanos Interamericano, el derecho a la salud está expresamente consagrado en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este Protocolo sobre los derechos económicos, sociales y culturales es conocido también como el Protocolo de San Salvador (1998). Aquí se entiende a la salud como el "disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

El Art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador estatuye: "El Estado será responsable de: (...) **7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales.** 8. Promover el desarrollo

integral del personal de salud”. (negrilla y subrayado fuera de texto).-

SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN

PRIORITARIAS: El Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador estatuye: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”

SOBRE EL DERECHO DE PERSONAS CON ENFERMEDAD CATASTRÓFICA:

El Art. 50 de la Constitución de la República del Ecuador estatuye: “El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”.- El concepto de enfermedades catastróficas configura varias apreciaciones que implican diversos aspectos, tales como: lo clínico, lo económico y lo social. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) las personas desfavorecidas tienen menor acceso a los recursos sanitarios y al sistema de salud, por lo cual sostiene que “La mayor parte de los problemas de salud se pueden atribuir a las condiciones socio-económicas de las personas. Sin embargo, en las políticas de salud han predominado soluciones centradas en el tratamiento de las enfermedades, sin incorporar adecuadamente intervenciones sobre las causas de las causas, tales como, por ejemplo, las acciones sobre el entorno social. En consecuencia, los problemas sanitarios se han mantenido, las inequidades en salud y atención sanitaria han aumentado, y los resultados obtenidos con intervenciones en salud centradas en lo curativo han sido insuficientes y no permitirán alcanzar metas de salud de los Objetivos para el Milenio” (Organización Mundial de la Salud, 2005, pág. 1).

SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DIGNA:

El Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”. Al tenor de lo cual, la Sentencia No. 679-18-JP/20 Corte Constitucional, resalta que en el Título VII, “Régimen del buen vivir”, la Constitución desarrolla el contenido de los Derechos de la parte dogmática, especificando las obligaciones del Estado y que la finalidad es la consecución del buen vivir. En el capítulo de la salud, la Constitución regula de forma específica la disponibilidad y el acceso a medicamentos, en su artículo 363 (7): Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces...(...) 82. El mandato de garantía de la Constitución respecto al

derecho a la salud tiene tres grandes componentes: i) la consecución del disfrute del más alto nivel posible de salud, ii) la Disponibilidad y iii) el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. 1. La realización del disfrute del más alto nivel posible de salud.- 83. La realización del disfrute del más alto nivel posible de salud es la finalidad del derecho a la salud en general, y de la disponibilidad y acceso a medicamentos en particular, de conformidad con el artículo 12 (1) del PIDESC (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES...el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.- La Sentencia No. 679-18-JP/20 Corte Constitucional, establece: “219. Los jueces y juezas al garantizar el derecho al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces pueden contribuir a que se tenga una mejor calidad de vida, resolver a favor de personas en situación de vulnerabilidad que no pueden acceder a servicios de salud, detectar problemas estructurales y deficiencias administrativas del sistema salud, como la provisión necesaria y oportuna de medicamentos de calidad, la demora en la entrega de medicamentos, la determinación en cada caso de la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, el irrespeto al derecho a tomar decisiones informadas sobre el tratamiento médico con medicamentos. 170. El MSP realizará el seguimiento sobre el uso de medicamentos emergentes, no emergentes y dispuestos por orden judicial, y sobre los resultados obtenidos de la intervención terapéutica al paciente. Para el efecto deberá elaborar e implementar una ficha de seguimiento. 171.El MSP adecuará la normativa pertinente de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia. (Acuerdo Ministerial N. 158, publicado en el Registro Oficial N°. 160 de 15 de enero de 2018)”..

NOVENO: DECISIÓN DEL CASO:

9.1 La señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN, presentó una Acción constitucional de Protección en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

9.2 La accionante, desde el año 2021 padece de cáncer de cuello uterino, estando en tratamiento en SOLCA Guayaquil, por derivación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

9.3 Como parte de su tratamiento, SOLCA Guayaquil, solicitó mediante Oficio No. CIUDADANO-CIU-2024-8752, a la Coordinación Zonal del IESS, el pedido y autorización de compra del medicamento PEMBRALIZUMAB.

9.4 La entidad accionada, esto es, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ha presentado documentación mediante la cual se ha podido justificar que hasta la presente fecha dicho medicamento no ha sido comprado, habiéndose excedido el tiempo establecido para la compra de dicha medicación, según lo determinado en el Acuerdo No. 158: ADQUISICION DE MEDICAMENTOS QUE NO CONSTAN EN MEDICAMENTOS BASICOS, sin que se haya justificado por parte de la entidad legitimada pasiva las razones por las cuales se ha demorado un año desde la fecha en que Solca Guayaquil, realizó dicha petición.

9.5 Es de destacar que, tal como indicó la defensa técnica de la accionante, así como, la médico tratante de la misma, Dra. Elina Rodríguez Meléndez, el estado actual de la legitimada activa ha empeorado, por lo que, ya no es necesario para el tratamiento de la enfermedad catastrófica que padece el medicamento PEMBRALIZUMAB, indicándose que uno de los factores por los cuales podría haberse agravado la situación de la legitimada activa, es la falta de compra de dicho medicamento PEMBRALIZUMAB, que en su momento era el indicado para tratar sus dolencias producidas por el cáncer de cuello uterino que padece.

9.6 Es obligación del Estado ecuatoriano, el velar y resguardar por la salud de las personas que sufren enfermedades catastróficas, así como garantizar el derecho a tener una mejor calidad de vida, a pesar de adolecer de dichas enfermedades; y, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia No. 679-18-JP/20, la demora en la entrega de medicamentos, es una de las formas en las que se vulnera el derecho a la salud, a la vida digna y a la doble protección por ser, la legitimada activa, una persona con enfermedad catastrófica.

9.7 Dentro de la presente causa, se ha podido observar es que ha existido una demora en los trámites para autorizar la compra de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos y que hasta la presente fecha, pese a la presentación de esta Acción Constitucional de Protección, no se ha finalizado dicho trámite administrativo.

9.8 El derecho a la salud y a la atención médica no se agotan en el inicio del trámite de compra de un medicamento, sino que se hace efectivo a través de la entrega y suministro del mismo a la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN, bajo los parámetros, dosificación y prescripción médica, se sigue poniendo en peligro real y evidente su salud y vida, y con ello el menoscabo e irrespeto a sus derechos constitucionales, con ello, sin duda alguna, no tendría razón de ser la presente acción constitucional de protección, pero la realidad dista de esta premisa que es el deber ser por parte de la entidad legitimada pasiva.

9.9 Respecto a la alegación de la defensa técnica de la parte accionada, respecto a que se estaba reformando la demanda por cuanto la pretensión presentada era por la compra del medicamento PEMBRALIZUMAB, y que procedimentalmente, esto no tenía asidero jurídico, ya que, la defensa técnica de la parte accionante había manifestado que ya dicho medicamento no es necesario; no es menos cierto, que las acciones constitucionales, tienen una formalidad condicionada, siendo obligación del Juzgador con rango constitucional, el verificar si por acción u omisión, la entidad accionada habría podido vulnerar algún derecho constitucional. Asimismo, es necesario recordar que, la protección integral de un derecho no se agota con la iniciación de un procedimiento administrativo, pues, la obligación médica es suministrarle el medicamento (para ello deben solicitarlo y suministrarlo bajo la normativa aplicable) y así garantizar una mejor calidad de vida y su salud integral, es decir, agotado el trámite y suministrado el medicamento, se protege recién de manera efectiva el derecho a la vida y la salud, de la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN.

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 2, 4, 7, 39, 40 numerales 1 y 3; y, 41 numeral

1, todos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece la procedencia de la acción de protección cuando exista una violación a un derecho constitucional contra un acto que menoscabe, disminuya o anule el goce o ejercicio de este, en concordancia con los artículos 3 inciso primero; 11 numerales 3, 5 y 9; 76, 82. 86.1, 88, 417, 424 y 426 de la Constitución de la República; y artículos 160.1 y 221.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, en mérito a las razones antes expuestas, la suscrita Jueza de la Unidad Judicial Sur de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en calidad de Jueza Constitucional, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA resuelve lo siguiente:

Declarar la vulneración del derecho a la salud, en la garantía de acceso y su disponibilidad a medicamentos (incluso los no incluidos en el cuadro nacional de medicamentos básicos); y, al derecho a la atención prioritaria de una persona que padece una enfermedad catastrófica, pues, en el presente caso se demoró más de lo debido, la adquisición del medicamento PEMBRALIZUMAB, esto es, aproximadamente un año. Consecuentemente, se declara con lugar la demanda de ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN planteada por la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

Como medidas de reparación integral, se ordenan las siguientes:

Que la entidad accionada, en el ámbito de sus funciones y atribuciones, garantice el acceso a la medicación y tratamientos necesarios para la enfermedad que padece la legitimada activa, sin dilación de ninguna clase, respetándose la normativa legal aplicable al caso en especie.

Que la entidad accionada, emita las disculpas públicas a la señora MARÍA AUXILIADORA GONZÁLEZ MORÁN, por no haberse atendido su pretensión, dentro de un plazo razonable. Dichas disculpas públicas deberán publicarse en la página oficial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por el plazo de 30 días.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto 21, segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ofíciase a la Defensoría del Pueblo a efectos de que se verifique el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia.

Finalmente, en mérito al recurso de Apelación interpuesto por la legitimada pasiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se concede el recurso de Apelación en efecto no suspensivo.- Cumplidas las formalidades de ley, por Secretaría elévese al Superior el expediente, donde las partes deberán hacer valer sus derechos.- Intervenga en calidad de Secretario encargado del Despacho, el Abg. Paúl Rojas Vélez.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

DAVILA ALVAREZ JULIA HERMINIA

JUEZ(PONENTE)